

# VU Research Portal

## Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?

Cherednychenko, O.O.

### ***published in***

Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk  
2011

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Cherednychenko, O. O. (2011). Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht? *Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk*, 2011(Special Willem Grosheide), 11-15.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Artikel

## Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?

Mr. dr. O.O. Cherednychenko\*

### 1. Inleiding

In zijn afscheidscollege in 2006 heeft Willem Grosheide zich afgevraagd of tal van rechtsontwikkelingen op het gebied van het burgerlijk recht, zoals de invoering van open normen in het Nieuw Burgerlijk Wetboek en de bescherming van de zwakkere partij, kunnen worden gekwalificeerd als vooruitgang.<sup>1</sup> Grosheide onderscheidt twee betekenissen van het begrip ‘vooruitgang’.<sup>2</sup> In de eerste, descriptieve, betekenis is sprake van vooruitgang als *verandering* optreedt. In die zin is vooruitgang goed noch fout; het is iets wat in het burgerlijk recht simpelweg gebeurt. In de tweede, normatieve, betekenis is met vooruitgang *verbetering* gegeven. Er is sprake van vooruitgang in het burgerlijk recht in de zin van verbetering ‘wanneer dat burgerlijk recht beter is gaan beantwoorden aan de binnen een gegeven actuele culturele context bestaande opvatting over rechtvaardigheid’.<sup>3</sup> Daarbij is volgens Grosheide ook van belang wat de functie van het burgerlijk recht is. Het burgerlijk recht, zo betoogt hij, ziet vooral op de ordening van particuliere rechtsverhoudingen; die ordening is primair een taak van de wetgever, die deze taak uitoefent in ‘complementaire afstemming met de rechter’.<sup>4</sup>

Een belangrijke rechtsontwikkeling die momenteel gaande is en die civilisten voor nieuwe vragen over (de

vooruitgang in) het burgerlijk recht stelt, is de ontwikkeling van het nieuwe type contractenrecht dat mijns inziens ‘toezichtcontractenrecht’ kan worden genoemd. Deze ontwikkeling manifesteert zich vooral op het gebied van financiële dienstverlening als gevolg van de voortdurende groei in omvang en impact van de financiële toezichtwet- en regelgeving op het contractenrechtelijke vlak. Die is te vinden in de Wet op het financieel toezicht (Wft), het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgfo), dat een uitwerking is van de Wft, de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen (Nrgfo), die weer een uitwerking is van de Bgfo, en de richtlijnen van de Autoriteit Financiële Markten (AFM).<sup>5</sup> Terwijl van oudsher de relatie tussen een financiële dienstverlener en zijn (potentiële) cliënt door het klassieke contractenrecht werd beheerst, wordt tegenwoordig het ‘toezichtcontractenrecht’ steeds relevanter voor deze rechtsverhouding. In het navolgende sta ik stil bij deze ontwikkeling in het licht van Grosheides beschouwingen over vooruitgang in het burgerlijk recht.

### 2. Oorsprong

Het toezichtcontractenrecht vindt zijn oorsprong in het door de wetgever vastgestelde juridische kader waarbinnen toezicht op het gedrag van financiële dienstverleners ten opzichte van hun (potentiële) cliënten wordt uitgeoefend. De gedachte dat het privaatrecht, en meer in het bijzonder privaatrechtelijke handhaving, tekort-

\* Olha Cherednychenko is universitair docent privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

1. F.W. Grosheide, Vooruitgang in het burgerlijk recht?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

2. Grosheide 2006, p. 9.

3. Grosheide 2006, p. 29.

4. Grosheide 2006, p. 36.

5. Zie hierover C.M. Grundmann-van de Kroll, Koersen door de Wet op het financieel toezicht: regelgeving voor uitgevende instellingen, beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

schiet bij de bescherming van de zwakkere partij in de financiële sector, heeft ertoe geleid dat de wetgever zijn heil heeft gezocht in bestuursrechtelijke sanctie-instrumenten, zoals de bestuurlijke boete en last onder dwangsom.<sup>6</sup> De gedragstoezichthouder AFM werd de bevoegdheid gegeven om in concrete gevallen bestuursrechtelijke sancties op te leggen bij overtreding van de normen die de civielrechtelijke verhouding tussen financiële dienstverleners en hun (potentiële) cliënten normeren en die van oudsher tot het klassieke contractenrecht behoren.

Om de bestuursrechtelijke handhaving van deze privaatrechtelijke normen mogelijk te maken worden ze eerst omgezet in bestuursrechtelijke voorschriften, om vervolgens een bestuursrechtelijke sanctie op overtreding daarvan te zetten. Die omzetting geschiedt op twee verschillende manieren: (1) door privaatrechtelijke normen te ‘vertalen’ in zelfstandige bestuursrechtelijke normen in de bestuursrechtelijke wetgeving; en (2) door in de bestuursrechtelijke wetgeving een verwijzing naar de privaatrechtelijke regels in het Burgerlijk Wetboek (BW) op te nemen.<sup>7</sup>

Een uitgesproken voorbeeld van de ‘vertaling’ van het contractenrecht in het bestuursrecht is afdeling 4.2.3 van de Wft, getiteld ‘Zorgvuldige dienstverlening’, zoals nader geconcretiseerd in het Bgfo, waarin onder andere de EU-gedragsregels voor effectendienstverlening, neergelegd in de Richtlijn Markten voor financiële instrumenten (MiFID),<sup>8</sup> zijn geïmplementeerd. Hier vindt men de publiekrechtelijke pendanten van tal van privaatrechtelijke zorgverplichtingen van financiële dienstverleners bij het verlenen van beleggingsdiensten die in de civiele rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen. In het Bgfo treft men bijvoorbeeld de in de optiehandelarristen<sup>9</sup> door de Hoge Raad geformuleerde verplichting dat de bank opdrachten van een niet-professionele cliënt moet weigeren indien de cliënt niet voldoet aan de margeverplichtingen (art. 86 lid 1 Bgfo Wft). Het in de effectenleasearristen<sup>10</sup> uit de bijzondere zorgplicht van de bank afgeleide ken-uw-client-beginsel is te vinden in de Wft (art. 4:23 en 4:24 Wft). Deze publiekrechtelijke gedragsregels waar financiële dienstverleners aan moeten voldoen, zijn geen exacte kopieën van de privaatrechtelijke zorgverplichtingen. Op basis van deze laatste heeft de toezichtwetgeving veel gedetailleerdere gedragsregels ontwikkeld die meer houvast beogen te bieden in de praktijk.

In andere gevallen heeft de wetgever gekozen voor de tweede manier van het omzetten van privaatrechtelijke

normen in bestuursrechtelijke normen, namelijk door simpelweg in de bestuursrechtelijke wetgeving naar het BW te verwijzen. Deze benadering werd bijvoorbeeld toegepast bij de implementatie van de Richtlijn Betaaldiensten<sup>11</sup> in het Nederlandse recht. Ofschoon de meeste normen die de relatie tussen betaaldienstverleners en hun cliënten normeren niet in de Wft maar in het BW zijn opgenomen en dus privaatrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, is de AFM ook bevoegd om deze privaatrechtelijke normen, voor zover ze zich richten tegen een betaaldienstverlener, te handhaven. Deze uitkomst werd bereikt door in de Wft artikel 4:25b op te nemen, dat bepaalt dat een betaaldienstverlener bij het uitoefenen van zijn bedrijf titel 7B van Boek 7 van het BW in acht dient te nemen.

Het verwijzen naar de BW-normen in de bestuursrechtelijke wetgeving houdt dus in dat de privaatrechtelijke normen als zodanig als gebodsbepalingen in de bestuursrechtelijke wetgeving worden overgeplaatst. Anders dan bij het ‘vertalen’ van privaatrechtelijke normen in bestuursrechtelijke normen vindt hier geen nadere uitwerking van de privaatrechtelijke normen plaats, noch hun concretisering als verbodsbepalingen. Echter, in beide gevallen kunnen de in het bestuursrecht opgenomen normen van privaatrechtelijke oorsprong in feite als semiprivaatrechtelijke normen worden gekwalificeerd. Enerzijds dienen ze het algemeen belang omdat ze erop zijn gericht het adequate functioneren van de financiële markten te bewerkstelligen. Anderzijds hebben ze, net als de normen in het privaatrecht waaruit ze afkomstig zijn, als doel de individuele belangen van afnemers van financiële producten en diensten te beschermen.

Ondanks dit gemengde karakter van de semiprivaatrechtelijke normen in de financiële toezichtwetgeving wordt het gedragstoezicht rechtstreeks gericht op nakoming van deze normen en worden ze bestuursrechtelijk gehandhaafd door de AFM. Bovendien draagt de AFM in belangrijke mate bij aan de concretisering van deze normen door in leidraden voorbeelden te geven van wat zorgvuldige financiële dienstverlening daadwerkelijk inhoudt. Zo heeft de AFM diverse leidraden gepubliceerd over zorgvuldige hypotheekadvisering, waarmee wordt beoogd te laten zien hoe financiële dienstverleners aan de wettelijke eisen kunnen voldoen.<sup>12</sup> Op deze wijze speelt de AFM dus een wezenlijke rol, niet alleen bij het handhaven van van oorsprong privaatrechtelijke normen, maar ook bij het normeren van het gedrag van een financiële dienstverlener in de civielrechtelijke relatie met zijn (potentiële) cliënt.

6. Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317.

7. Vgl. A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 62, die in deze context spreken van ‘meer of minder directe vertaling’ van privaatrechtelijke normen in bestuursrechtelijke voorschriften.

8. Richtlijn 2004/39/EG.

9. Zie bijvoorbeeld HR 11 juli 2003, JOR 2003/199 m.nt. KF en NJ 2005, 103 m.nt. Du Perron (Kouwenberg/Rabobank).

10. HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683 (De T/Dexia Bank Nederland N.V.); HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 684 (Levob Bank N.V./B en GBD); HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 685 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V.).

11. Richtlijn 2007/64/EG.

12. Leidraad Hypotheekadvisering 2010: ‘Advies over verantwoorde woonlasten’ (afl. 2), ‘Advies over opbouw van vermogen’ (afl. 3), ‘Advies over de rentevastperiode’ (afl. 4), ‘Advies over oversluiten’ (afl. 5), ‘Advies over risicoverzekeringen’ (afl. 6), ‘Fiscaliteit’ (afl. 7), te vinden op <www.afm.nl>.

### 3. Buiten het systeem van het burgerlijk recht

De vraag die in dit verband opkomt is wat nu zo bijzonder is aan het toezichtcontractenrecht in vergelijking met het gewone contractenrecht. Bij de beantwoording van deze vraag is het belangrijk zich te realiseren dat de omzetting van privaatrechtelijke normen in de bestuursrechtelijke voorschriften ertoe leidt dat deze normen *buiten* de context van *het systeem van het burgerlijk recht* worden geplaatst.<sup>13</sup> De privaatrechtelijke normen die de rechtsverhouding tussen financiële dienstverleners en hun (potentiële) cliënten beheersen, staan immers niet op zichzelf, maar vormen een complex van concrete en algemener geformuleerde regels. Deze regels worden daarnaast in de omstandigheden van het geval gecorrigeerd door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), en de civiele rechter beschikt hier over een grote mate van vrijheid. Zo kan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om een financiële dienstverlener die zijn zorgplicht jegens de cliënt heeft geschonden, onverkort alle schade te laten dragen. Als de privaatrechtelijke gedragsnormen nu maar eenmaal in het bestuursrecht zijn overgenomen, zijn ze uit hun verband gerukt en kunnen ze niet meer binnen het privaatrechtelijke kader, met inachtneming van de eisen van de redelijkheid en billijkheid, uitgelegd en toegepast worden. Het *lex certa*-beginsel staat daaraan bovendien in de weg, gegeven het punitieve karakter van (het grootste deel van) het bestuursrechtelijke sanctieapparaat.

Als gevolg hiervan kunnen de civielrechtelijke nuances bij de bestuursrechtelijke handhaving van semiprivaatrechtelijke normen door de AFM verloren gaan. Zo houdt de AFM bijvoorbeeld geen rekening met het gedrag van de cliënt bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete. Dat zou tot gevolg kunnen hebben dat een financiële dienstverlener een hoge bestuurlijke boete moet betalen voor een handelen dat civielrechtelijk slechts tot zijn gedeeltelijke aansprakelijkheid leidt wegens eigen schuld van de cliënt. Uit de handhavingspraktijk van de AFM blijkt bovendien dat de ruimte die ze aan financiële dienstverleners overlaat bij het bepalen hoe de semiprivaatrechtelijke gedragsregels kunnen worden nageleefd, zeer beperkt is. Het lijkt erop dat de AFM steeds meer het gedrag van onder haar toezicht gestelde ondernemingen ten opzichte van de consument tot in detail zelf wil regelen en dat dat bovendien niet altijd *ex ante* gebeurt.

Een uitgesproken voorbeeld van de werkwijze van de AFM is haar besluit van 24 september 2010,<sup>14</sup> waarbij een bestuurlijke boete van € 120.000 werd opgelegd aan

de Rabobank voor de overtreding van artikel 115 Bgfo. Deze bepaling, die een uitwerking is van artikel 4:34 Wft, verplicht een aanbieder van krediet om criteria vast te leggen die hij ten grondslag legt aan de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument om overkreditering te voorkomen, en om die criteria toe te passen bij de beoordeling van een kredietaanvraag. Aan deze open norm is door de markt van aanbieders van hypothecair krediet nadere invulling gegeven door middel van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF) van het Contactorgaan Hypothecair Financiers. Aan de hand van de GHF-norm toetst de AFM of de lasten van een hypothecair krediet verantwoord zijn.<sup>15</sup> In bijzondere gevallen is het toegestaan om af te wijken van de GHF-norm door meer krediet te verstrekken dan op basis van de maximale leencapaciteit mogelijk is, mits voldoende gemotiveerd, gelet op de specifieke situatie van de cliënt. In haar acceptatiebeleid heeft de Rabobank een aantal categorieën uitzonderingen – zogenoemde ‘explains’ – opgenomen, waarbij afwijking van de GHF-norm volgens het beleid van de Rabobank toegestaan is. Zo worden er regels gesteld ter verhoging van de toegestane woon- en financieringslasten voor aanvragers van hypothecair krediet met een leeftijd tot 35 jaar die net afgestudeerd zijn in een bepaalde studierichting aan het mbo, hbo of wo en bij wie toekomstige stijging van inkomen te verwachten is. Deze aanvulling op de GHF-norm voor de specifieke groep individuen baseerde de Rabobank op de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek. Door het hanteren van deze ‘explain’-regel slaagden de acceptatiecriteria van de Rabobank naar de mening van de AFM echter onvoldoende in het voorkomen van overkreditering, omdat ze niet specifiek gericht waren op de individuele situatie van de cliënt. De Rabobank diende volgens de AFM zich ervan te vergewissen dat er op een bepaald moment, in de specifieke situatie van een consument, ‘een reële en verifieerbare salarisstijging’ zou plaatsvinden, waarbij ze niet zonder meer van de statistische gegevens mocht uitgaan; een dergelijke salarisstijging moest aantoonbaar kunnen zijn door bijvoorbeeld een werkgeversverklaring en/of cao-afspraken. Door dit strenge criterium te hanteren greep de AFM diep in in het door de bank gevoerde acceptatiebeleid ter voorkoming van overkreditering en liet de bank weinig ruimte voor eigen interpretatie. Bovendien is het de vraag in hoeverre de bank geacht kon worden met dit criterium bekend te zijn, aangezien de formulering ‘reële en verifieerbare salarisstijging’ niet terug te vinden was in eerdere rapporten van de AFM en de GHF.

### 4. Dubbel normenstelsel

Het is verder van belang dat dit nieuwe type contractenrecht zich in belangrijke mate *naast* het klassieke con-

13. In deze zin ook S.E. Eisma, Het doel van de Wft: een juridische benadering, in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Kluwer: Deventer 2007, p. 23, 28-30; A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2007, p. 63-64.

14. Te vinden op <www.afm.nl>.

15. Dat blijkt uit de door de AFM gepubliceerde rapportage ‘Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek’ van 1 november 2007, te vinden op <www.afm.nl>.

tractenrecht ontwikkelt. Zo leidt de ‘vertaling’ van privaatrechtelijke normen in zelfstandige bestuursrechtelijke voorschriften er niet toe dat deze normen in het burgerlijk recht ophouden te bestaan. De bestuursrechtelijke gedragsregels in de toezichtwetgeving fungeren immers niet als *lex specialis* ten opzichte van het BW. Het opnemen van privaatrechtelijke normen in het bestuursrecht heeft dus tot gevolg dat er een *dubbel* publiek-privaatrechtelijk *normenstelsel* van gedragsregels ontstaat waarmee een financiële dienstverlener rekening moet houden in de civielrechtelijke relatie met zijn (potentiële) cliënt.<sup>16</sup> Enerzijds moet een financiële dienstverlener publiekrechtelijke gedragsregels in acht nemen. Anderzijds moet hij bedacht zijn op de privaatrechtelijke gedragsregels.

Vermeldenswaardig in dit verband zijn de hiervoor genoemde effectenleasearresten, waarin de civiele rechter de waarschuwingsplicht en het ‘ken-uw-client-beginsel’ voor banken uit hun bijzondere zorgplicht heeft afgeleid. De banken hebben zich erop beroepen dat deze zorgverplichtingen niet werden voorgeschreven in de ten tijde van het sluiten van de effectenleaseovereenkomsten geldende publiekrechtelijke regelgeving.<sup>17</sup> De banken hebben in dit verband aangevoerd dat ze zich mochten richten op de bepalingen van de financiële toezichtwetgeving en dat ze mochten verwachten dat ze aan hun zorgplicht voldeden als ze aan de in die bepalingen neergelegde regels voldeden. In alle drie zaken verwerpt de Hoge Raad echter deze argumentatielijn van banken. Volgens de Hoge Raad mag de privaatrechtelijke zorgplicht *verdere* reikwijdte hebben dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd.<sup>18</sup>

De ‘vertaling’ van privaatrechtelijke normen in zelfstandige bestuursrechtelijke normen heeft dus tot gevolg dat de gedragsnormen voor financiële dienstverleners in het bestuursrecht en in het burgerlijk recht kunnen verschillen. Dergelijke verschillen tussen de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke regels bestaan bijvoorbeeld ten aanzien van de zorgplicht van de assurantiepersoon.<sup>19</sup> Een financiële dienstverlener die zijn publiekrechtelijke zorgplicht jegens de cliënt in acht neemt, kan er dus niet zeker van zijn dat hij niet aansprakelijk wordt gesteld wegens schending van de privaatrechtelijke zorgplicht door de civiele rechter. Immers, de privaatrechtelijke gedragsnormen worden niet bepaald, maar alleen beïnvloed door de publiekrechtelijke gedragsnormen. Omgekeerd geldt dat wanneer een financiële dienstverlener alleen de privaatrechtelijke zorgplichten in acht neemt, hij een bestuurlijke

boete van de AFM kan krijgen voor de niet-naleving van de bestuursrechtelijke zorgplichten van semiprivaatrechtelijke aard.

Het is bovendien opmerkelijk dat terwijl de *iustum pretium* niet een als zodanig in het Nederlandse burgerlijk recht aanvaard beginsel is, het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2012 beoogt dit beginsel in het civielrechtelijke domein via het bestuursrecht te introduceren door in de Bgfo een open norm voor rechtstreekse beloning van de financiële adviseur of bemiddelaar door de cliënt op te nemen. Op grond daarvan mag de hoogte van de beloning die de partijen afspreken, niet ‘kennelijk onredelijk’ zijn, gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening (art. 149 a Bgfo). Het doel van deze norm is ‘te voorkomen dat adviseurs of bemiddelaars beloningen in rekening brengen voor hun werkzaamheden, die gelet op de daarmee gemoeide inspanningen niet kunnen worden gerechtvaardigd’.<sup>20</sup> Het introduceren van deze open norm in de toezichtwetgeving zou betekenen dat de AFM de inhoud van de provisieafspraken tussen de financiële adviseur of bemiddelaar en zijn cliënten kan toetsen en, indien sprake is van ‘kennelijk onredelijke’ vergoedingen, handhavend kan optreden. Daarmee wordt de inhoudscontrole van de kernbedingen in privaatrechtelijke overeenkomsten, waarvan de invoering in het burgerlijk recht door Grosheide werd bepleit,<sup>21</sup> in wezen buiten het burgerlijk recht om ingevoerd.

## 5. Dubbel handhavingstelsel

De ontwikkeling van het toezichtcontractenrecht naast het klassieke contractenrecht gaat tot slot ook gepaard met een *dubbel* publiek-privaatrechtelijk *handhavingstelsel* voor dezelfde normen waardoor de civielrechtelijke verhouding tussen een financiële dienstverlener en zijn (potentiële) cliënt wordt beheerst. Het probleem van een dubbel handhavingstelsel speelt met name in het geval wanneer de gedragsnormen in het BW worden opgenomen, maar in de bestuursrechtelijke wetgeving ernaar wordt verwezen om de handhaving via het bestuursrecht mogelijk te maken. Alhoewel in dit geval de materiële gedragsnormen alleen in het privaatrecht worden gecodificeerd en in juridisch-technische zin dus geen sprake is van een dubbel normenstelsel voor dezelfde rechtsverhouding, kan een dubbel normenstelsel in de praktijk wel degelijk ontstaan als gevolg van een dubbele handhaving van deze normen. De bestuursrechtelijke handhaving van BW-regels, die daarnaast ook privaatrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, leidt er immers toe dat dezelfde regels zowel door de

16. Zie hierover O.O. Cherednychenko, De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht’, NTBR 2010/27, p. 66.

17. Het Besluit toezicht effectenverkeer 1995, de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1995 en de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999.

18. Bijvoorbeeld Levob Bank N.V./B en GBD, r.o. 4.5.8. Zie in het bijzonder de conclusie van de advocaat-generaal van 13 februari 2009 in Levob Bank N.V./B en GBD, De T./Dexia Bank Nederland N.V. en Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V., onder nr. 3.21

19. Zie hierover S.Y.Th. Meijer, Over provisie en de zorgplicht van de assurantiepersoon, MvV 2009/12, p. 301, 305-306.

20. Het ontwerpbesluit Wijzigingsbesluit financiële markten 2012 van 13 april 2011, p. 21.

21. Zie bijvoorbeeld F.W. Grosheide, *Iustum pretium redivivum?* Reflections on the just price doctrine in Dutch contract law in the light of its historic roots and recent international developments, in: F.W. Grosheide & E.H. Hondius (red.), *Articles on Various Aspects of Transnational Contract Law*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 221.



bestuursrechter als door de civiele rechter moeten worden uitgelegd. De bestuursrechter legt deze normen uit in een beroepsprocedure tegen een handhavingsbesluit van de AFM; de civiele rechter legt ze uit in een gewone civiele procedure.<sup>22</sup> Bovendien, zoals in het voorgaande is gebleken, speelt de AFM zelf een belangrijke rol bij het invullen van de door haar te handhaven voorschriften uit het burgerlijk recht, in het bijzonder door leidraden te publiceren. De wijze waarop de toezichthouder een BW-norm concretiseert, kan dan ook wezenlijk verschillen van de wijze waarop de civiele rechter dezelfde norm invult in de civielrechtelijke procedure. Een dubbel handhavingssysteem heeft dus het risico in zich dat dezelfde begrippen verschillend worden uitgelegd en aangevuld, waardoor de bestuursrechtelijke normering *de facto* kan afwijken van de civielrechtelijke normering van dezelfde rechtsverhouding. Dat geldt in het bijzonder voor open privaatrechtelijke normen.

rechtszekerheid tegelijkertijd aantast. Daarmee wordt het goed functioneren van het systeem van het burgerlijk recht ook niet bevorderd. Bij de ontwikkeling van het toezichtcontractenrecht is dus zeker sprake van vooruitgang in het burgerlijk recht in de zin van verandering. Het is echter de vraag of hier ook sprake is van vooruitgang in de zin van verbetering. In het bijzonder valt het nog te bezien in hoeverre het toezichtcontractenrecht ook meer rechtvaardigheid in het burgerlijk recht met zich mee zal brengen.

## 6. Vooruitgang in het burgerlijk recht?

Wat betekent de hiervoor geschetste ontwikkeling van het toezichtcontractenrecht voor het burgerlijk recht? Kan men bij deze rechtsontwikkeling spreken van vooruitgang in het burgerlijk recht? De opmars van het financiële toezichtrecht in het contractenrechtelijke domein geeft mijns inziens een nieuwe dimensie aan de oude discussie. De ontwikkeling van het toezichtcontractenrecht vindt immers in belangrijke mate niet plaats binnen het burgerlijk recht, maar daarbuiten. Het in het bestuursrecht opnemen van de normen die in het privaatrecht zijn ontstaan, leidt ertoe dat deze normen een eigen leven gaan leiden dat niet noodzakelijkerwijs met het systeem van het burgerlijk recht strookt. Dat neemt niet weg dat de komst van het toezichtcontractenrecht het functioneren van het burgerlijk recht zelf aanzienlijk beïnvloedt. Dit nieuwe type contractenrecht, dat niet alleen door de wetgever maar ook door de toezichthouder tot stand wordt gebracht, ondermijnt de monopoliepositie van het burgerlijk recht bij het ordenen van particuliere rechtsverhoudingen en die van de civiele rechter bij het ontwikkelen ervan. Zo speelt het burgerlijk recht, in het bijzonder het gewone contractenrecht, tegenwoordig een wat bescheidener rol in het normeren van het gedrag van financiële dienstverleners ten opzichte van hun cliënten en het bepalen van de grenzen van contractsvrijheid dan een veel gedetailleerder en bestuursrechtelijk gehandhaafd toezichtcontractenrecht. Voorts is het opmerkelijk dat terwijl het toezichtcontractenrecht over het algemeen meer rechtszekerheid biedt dan het burgerlijk recht, een dubbel publiek-privaatrechtelijke normen- en handhavingssysteem deze

22. In deze zin ook C.W.M. Lieverse, in: C.W.M. Lieverse & J.G.J. Rinkes, *Onerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector*, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht, Deel 1, Deventer: Kluwer 2010, p. 1, 105.